

University of Groningen

## De exceptio non adimpleti contractus en de conditio indebiti

Brandsma, F.

*Published in:*  
Groninger Opmerkingen en Mededelingen

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*  
Final author's version (accepted by publisher, after peer review)

*Publication date:*  
2010

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Brandsma, F. (2010). De exceptio non adimpleti contractus en de conditio indebiti: Betaalt degene die een opschortingsrecht had kunnen invoeren, maar dat niet doet, onverschuldigd als de tegenprestatie uitblijft? *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XXVII, 147-162. <http://rjh.ub.rug.nl/grom>

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

## **De exceptio non adimpleti contractus en de conditio indebiti**

Betaalt degene die een opschortingsrecht had kunnen inroepen, maar dat niet doet, onverschuldigd als de tegenprestatie uitblijft?

### **1. Inleiding**

De gedaagde die wordt aangesproken op zijn verbintenis uit een wederkerige overeenkomst door een eiser die zelf nog niet heeft gepresteerd kan, zoals bekend, de zogeheten *exceptio non adimpleti contractus* opwerpen, het verweer van de niet nagekomen overeenkomst. Deze *exceptio non adimpleti contractus* wordt door de wetgever van het huidige BW beschouwd als een verweermiddel waarop een gedaagde een beroep kan doen, maar dat de rechter niet ambtshalve mag toepassen. De wetgever heeft dat in de tekst van het artikel uitgedrukt door te spreken van een bevoegdheid. In verband daarmee heeft de wetgever in de parlementaire geschiedenis van het BW ook geconcludeerd dat degene die geen beroep heeft gedaan op de exceptie en gepresteerd heeft, geen mogelijkheid heeft tot terugvordering van zijn prestatie als blijkt dat zijn wederpartij zijnerzijds niet nakomt. Anders gezegd, degene die de mogelijkheid heeft het verweer in te roepen, maar dat niet doet, betaalt niet onverschuldigd.<sup>1</sup>

Die conclusie lijkt een voor de hand liggende en nauwelijks betwistbare. Toch is die vraag in het verleden dikwijls in tegengestelde zin beantwoord. Nog onder het oud BW was er sprake van een controverse ter zake. De wetgever verwijst daar in de parlementaire geschiedenis naar. Met name het handboek van Hofmann, bewerkt door Van Opstall, over *Het Nederlands Verbintenissenrecht* wordt genoemd als vindplaats van die van de wetgever afwijkende opvatting.<sup>2</sup> De controverse blijkt, zoals zo vaak, een langere geschiedenis te hebben. Deze geschiedenis wil ik in dit opstel nader bekijken.

Het lijkt nauwelijks mogelijk een redenering te verzinnen om degene die een verweermiddel kan inroepen, maar dat niet doet, een mogelijkheid te geven zijn prestatie terug te vorderen. Toch is dat gebeurd –waarom verbaast dat een jurist niet?- en wel bijvoorbeeld met behulp van een stilzwijgende opschortende voorwaarde.<sup>3</sup> De verbintenissen uit een wederkerige overeenkomst worden geacht te zijn aangegaan onder de opschortende voorwaarde dat de wederpartij presteert, zo luidt die redenering. Presteert de één en blijft de tegenprestatie uit dan gaat de voorwaarde niet in vervulling, ontbeert de eerste prestatie een rechtsgrond en kan zij derhalve als onverschuldigd verricht worden teruggevorderd. Zolang de wederpartij nog niet heeft gepresteerd is dus de eerste prestatie

---

<sup>1</sup> Toelichting Meijers in: *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, boek 6, uitg. d. C.J. van Zeben en J.W. du Pon, Deventer 1981, p. 994 e.v.

<sup>2</sup> *De algemene leer der verbintenissen*, eerste gedeelte, Groningen 1959, p. 168, hoewel gezegd moet worden dat Van Opstall de terugvorderingsmogelijkheid alleen aanneemt voor het geval er bij vergissing is betaald. Zie daarover nader in de tekst.

<sup>3</sup> Vgl. Hofmann-Van Opstall, *o.c.*

onder een wederkerige overeenkomst onverschuldigd, aldus deze opvatting. Een dergelijke opvatting verheft de wederzijdse prestaties uit een wederkerig contract tot de bestaansvoorwaarden van de wederzijdse verbintenissen. Dat geeft aan de *exceptio non adimpleti contractus* een ander karakter dan dat van een eenvoudig verweermiddel. Als men een verweermiddel niet gebruikt, kan men daar achteraf doorgaans niet op terugkomen. Dat zou bij de *exceptio non adimpleti contractus* anders zijn.

Een en ander stelt de aard van de *exceptio non adimpleti contractus* ter discussie. Is zij een verweermiddel in de klassieke zin van het woord of stelt zij het al dan niet bestaan van de wederzijdse verplichtingen uit een wederkerig contract op een meer fundamentele wijze aan de orde? Dit opstel beoogt niet een antwoord te geven op deze vraag, maar een bespreking van de hier aan de orde zijnde vraag kan wellicht een zijdelings licht werpen op het karakter van de exceptie met de lange naam.

## 2. Romeins recht

De *exceptio non adimpleti contractus* is ontleend aan het Romeinse recht, maar komt daarin onder die naam niet voor. Er komt in het *Corpus Iuris Civilis* een aantal teksten voor waarin aan de koper een exceptie wordt verleend, wanneer hij wordt aangesproken tot betaling, voordat de verkoper heeft geleverd.<sup>4</sup> In dat geval wordt wel gesproken van de *exceptio mercis non traditae*.<sup>5</sup> In teksten waarin de verkoper wordt aangesproken, voordat de koper betaald heeft, wordt niet gesproken van een exceptie, maar wordt de verkoper een retentierecht toegekend.<sup>6</sup> Beide bevoegdheden worden na de receptie van het Romeinse recht onder één noemer gebracht, die uiteindelijk de *exceptio non adimpleti contractus* gaat luiden.<sup>7</sup> Deze exceptie wordt dan van toepassing geacht op alle wederkerige overeenkomsten.

De vraag blijft echter of de *exceptio non adimpleti contractus* een exceptie in technische zin is of een andersoortig verweer. Die vraag kan zowel voor het klassieke Romeinse recht worden gesteld als voor het gerecipieerde Romeinse recht.

Voor het klassieke Romeinse recht luidt de vraag of er wel sprake kan zijn van een dergelijke exceptie bij wederkerige overeenkomsten. Wederkerige overeenkomsten zijn namelijk zogeheten *contractus bonae fidei*, of beter gezegd overeenkomsten die worden afgedwongen met *actiones bonae fidei*. Dat betekent dat in de formula waarin die acties zijn neergelegd een clause van de goede trouw, *bona fides*, in objectieve zin, oftewel de redelijkheid en billijkheid, voorkomt. Die clause geeft de rechter de bevoegdheid de wederzijdse verplichtingen van de partijen te toetsen aan die goede trouw. Een eiser die

<sup>4</sup> D. 19,1,25; D. 44,4,5,4; C. 8,44 (45),5. Zie verder Gaius 4,126a.

<sup>5</sup> D. 44,4,5,4.

<sup>6</sup> D. 18,4,22; D. 21,1,31,8.

<sup>7</sup> R. Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, prf. Parijs 1914, p. 77 bij noot 5.

een prestatie vordert van zijn wederpartij zonder zelf te hebben gepresteerd, handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid en zijn eis kan op die grond door de rechter worden afgewezen. Een exceptie hoeft de gedaagde daarvoor in beginsel niet op te werpen.

Gezien deze overwegingen en het feit dat in de teksten niet eenduidig sprake is van een exceptie in alle gevallen is er een debat gerezen of de teksten waarin de term exceptie voorkomt wel betrekking hebben op een actie uit de koopovereenkomst.<sup>8</sup> Dat debat wil ik hier graag ter zijde laten, omdat het voor het Justiniaanse recht niet direct ter zake doet. Wat daarvoor wel van belang blijft, is de vraag of er slechts sprake is van een door de gedaagde op te werpen verweermiddel, of de grondslag van de eis ontbreekt wanneer de eiser zelf niet heeft gepresteerd. In deze vorm komen de argumenten aan de orde in het debat over de *exceptio non adimpleti contractus* onder de gelding van het gemene recht.

Wanneer de *exceptio non adimpleti contractus* een verweermiddel in technische zin is, dan dient de gedaagde haar zelf op te werpen en mag de rechter haar niet ambtshalve toepassen; dan kan de gedaagde die haar niet opwerpt daar niet op terug komen en de toch verrichte prestatie niet terugvorderen. Wanneer de *exceptio non adimpleti contractus* een betwisting van de grondslag van de eis is, dan dient de rechter ambtshalve te onderzoeken of de eiser zelf gepresteerd heeft; dan wordt de mogelijkheid dat de gedaagde die gepresteerd heeft zonder tegenprestatie zijn prestatie kan terugvorderen in ieder geval beredeneerbaar.

### 3. Canoniek recht

Alvorens die redeneringen aan een onderzoek te onderwerpen, is het hier op zijn plaats, enige andere invloeden op het debat te bespreken. In de eerste plaats is daar het canonieke recht. Dat hanteerde de leer van de stilzwijgende voorwaarde op allerlei terreinen waar het juridische gebondenheid moreel verwerpelijk achtte.<sup>9</sup> Dat gebeurde bijvoorbeeld in het leerstuk van de *clausula rebus sic stantibus* dat leidde tot de huidige leer van de verandering van omstandigheden.<sup>10</sup> Hetzelfde gebeurde bij de leer van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten op grond van wanprestatie en de leer van de *exceptio non adimpleti contractus*.

Het Romeinse recht kende niet de mogelijkheid van ontbinding van wederkerige

<sup>8</sup> Vgl. bijv. P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Parijs 1929<sup>8</sup> (herdruk Parijs 2003), p. 567, noot 4. Het gaat dan, gezien de hiervoor genoemde teksten, om de *actio venditi*.

<sup>9</sup> Vgl. hierover in het algemeen bijv. R. Zimmermann, ‘ “Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter ...”, *Conditio tacita*, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts’, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 193 (1993), p. 122 e.v.

<sup>10</sup> Vgl. daarover bijv. F. Brandsma, ‘In zijn dienst en drank,’ Enige opmerkingen over de ontwikkeling van de ‘*clausula rebus sic stantibus*’-leer in de Europese rechtsgeschiedenis,’ in: *Recht en verandering, congresbundel onderzoeksschool CRBS*, deel 2, Den Haag 1999, p. 9-25.

overeenkomsten op grond van wanprestatie en de daardoor mogelijk geworden terugvordering van reeds verrichte prestaties. Slechts bij de zogeheten innominaatcontracten, zoals bijvoorbeeld de ruilovereenkomst, had de partij die al had gepresteerd in geval van wanprestatie van de wederpartij de mogelijkheid haar eigen prestatie terug te vorderen.<sup>11</sup> Dat was niet een principiële mogelijkheid berustend op een ontbindingsleerstuk, maar een gevolg van het feit dat deze categorie overeenkomsten pas laat als zodanig was erkend en van een actie tot nakoming, de zogeheten *actio praescriptis verbis*, was voorzien. Voorheen bestond alleen de mogelijkheid bij niet nakoming door de wederpartij van de afgesproken prestatie de eigen prestatie terug te vorderen, door middel van de zogeheten *condictio causa data causa non secuta*. Die mogelijkheid bleef bestaan na de erkenning van de nakomingsactie. Per saldo betekende dit dat deze innominaatcontracten reële contracten waren. De nakomingsactie was pas mogelijk nadat de eiser zelf had gepresteerd. Hetzelfde gold vanzelfsprekend voor de terugvorderingsactie.

De terugvorderingsactie in geval van wanprestatie van de wederpartij werd echter door sommigen in het algemeen een redelijk rechtsmiddel geacht. Het canonieke recht bood die mogelijkheid door de leer van de stilzwijgende voorwaarde van nakoming door de wederpartij waaraan elke wederkerige overeenkomst zou zijn onderworpen of, politiek correcter gezegd, waaronder elke wederkerige overeenkomst zou zijn aangegaan.<sup>12</sup> De nakoming door de wederpartij was de opschortende voorwaarde voor de verschuldigdheid van de eigen prestatie. Voordien verrichte prestaties waren dus zonder rechtsgrond en konden worden teruggevorderd.

#### 4. Vernunftrecht

Ook de vertegenwoordigers van het zogeheten Vernunftrecht, het louter op de rede gebaseerde natuurrecht van de 17e en 18e eeuw, huldigden de leer van de stilzwijgende voorwaarde van nakoming door de één voor de gebondenheid van de ander. Hugo de Groot zet de toon in *De jure belli ac pacis*.

de afzonderlijke bepalingen van één en hetzelfde contract worden geacht aan elkaar te zijn verbonden bij wijze van voorwaarde, alsof uitdrukkelijk was overeengekomen, dat de één presteert, als ook de ander doet, wat hij heeft toegezegd.<sup>13</sup>

Bij Pufendorf en Wolff is dezelfde gedachte te vinden. Pufendorf formuleert het als volgt.

<sup>11</sup> Vgl. hierover in het algemeen bijv. J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen 2008<sup>8</sup>, § V 34.

<sup>12</sup> Vgl. bijv. Zimmermann, *l.c.*, p. 160 e.v.

<sup>13</sup> Lib. III, cap. XIX, XIV (ed. Amsterdam 1642): ... *unius ejusdem contractus capita singula alia aliis inesse videntur per modum conditionis, quasi expressum esset, haec ita faciam, si et alter faciat, quae promisit.*

## EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS EN CONDUCTIO INDEBITI

de wederzijdse prestaties zijn met elkaar verbonden bij wijze van voorwaarde, alsof er was gezegd, ik zal presteren, als jij eerst zult hebben gepresteerd.<sup>14</sup>

Partijen worden geacht aldus te zijn overeengekomen. Er wordt een stilzwijgende voorwaarde aangenomen. Dat is in het canonieke recht een opschortende voorwaarde.<sup>15</sup> Hetzelfde is volgens Ankum het geval bij De Groot.<sup>16</sup> Of dat zo is, staat te bezien, omdat de formulering bij De Groot waarop Ankum zich beroept bij Pufendorf op vergelijkbare wijze voorkomt, terwijl Pufendorf daarbij uitdrukkelijk van ontbinding van de overeenkomst spreekt.<sup>17</sup> In ieder geval vanaf Pufendorf gaat de natuurrechtelijke leer dus uit van een stilzwijgende ontbindende voorwaarde en zo is de leer ook in de Code civil terecht gekomen, in art. 1184 Code civil en vandaar in art. 1301 oud BW.<sup>18</sup>

Voor de *exceptio non adimpleti contractus* had dit tot gevolg dat zij niet als een verweermiddel in technische zin kon worden gezien. Niet presteren door de eiser leidde namelijk tot afwijzing van de eis. Zimmermann stelt vast dat in geval van wanprestatie de vervulling van de stilzwijgende ontbindende voorwaarde leidde tot het vervallen van de verbintenis van de gedaagde.<sup>19</sup> Dat is zo, maar voor het opwerpen van de exceptie is wanprestatie geen eis, dus moet de conclusie algemener luiden: een eis ingesteld door een eiser die zelf nog niet had gepresteerd was zonder grondslag. Zimmermann's conclusie dat de *exceptio non adimpleti contractus* naar dit stelsel geen zelfstandige plaats innam, kan ik dan ook niet delen.

---

<sup>14</sup> *De jure naturae et gentium libri octo*, Frankfurt en Leipzig 1759, Lib. V, cap. XI, § IX: ... *praestationes utrinque sibi invicem insunt per modum conditionis, quasi dictum foret, praestabo, si tu praestiteris prius.*

<sup>15</sup> Vgl. bijv. G. Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (Origines de l'Article 1184 C. civ.)*, prf. Parijs 1924, p. 255 e.v.

<sup>16</sup> Vgl. bijv. J.A. Ankum, *De voorouders van een boze fee, Beschouwingen over de geschiedenis van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie*, rede Leiden 1964, p. 12 n. 55. Zo ook, onder verwijzing naar Ankum, Zimmermann, *o.c.*, p. 162, en, onder verwijzing naar Zimmermann, M. Pennitz, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd 2 (Schuldrecht: Allgemeiner Teil, §§ 241-432), Tübingen 2007, red. R. Zimmermann, §§ 32-322, Nr 14.

<sup>17</sup> Vgl. de formuleringen in de tekst hiervoor. Pufendorf spreekt t.a.p. bijv. van '*abrumpitur obligatio*': de verbintenis wordt afgebroken. Zie daarover K.O. Scherner, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung, Untersuchungen zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit*, Diss. Mainz 1965, p. 98 e.v.

<sup>18</sup> Vgl. t.a.v. Wolff (*Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Halle/Magdeburg 1743, 3, 827) bijv. Scherner, *o.c.*, p. 100, n. 36, en Zimmermann, *o.c.*, p. 162, n. 221; t.a.v. de Code bijv. Boyer, t.a.p.

<sup>19</sup> Vgl. bijv. Zimmermann, *l.c.*, p. 163.

## 5. Gemeen recht

Niet alleen de ‘Vernunftrechtler’ en de canonisten kwamen tot deze gevolgtrekking voor de *exceptio non adimpleti contractus*. Ook naar gemeen recht kwam men in de achttiende eeuw vaak tot hetzelfde resultaat. Dat deed men op bewijsrechtelijke gronden. Glück bijvoorbeeld stelt dat niet de gedaagde die de *exceptio non adimpleti contractus* opwerpt deze moet bewijzen, zoals normaal zou zijn, maar dat, door het verweer van de gedaagde dat de eiser zijnerzijds het contract niet is nagekomen, juist de eiser wordt belast met het bewijs dat hij wel heeft gepresteerd.<sup>20</sup> Hij legt uit dat de reden waarom de eiser hier met het bewijs wordt belast, niet is gelegen in het feit dat het verweer ontkennend is en negatieve feiten niet bewezen kunnen worden, maar dat door de *exceptio non adimpleti contractus* een omstandigheid wordt bestreden die tot de grondslag van de eis behoort en dus door de eiser moet worden aangetoond, wil hij succes hebben met zijn eis. Glück verwijst onder andere naar Voet die nog voor beide ankers ging liggen.

Dat echter het verweer dat het contract door de eiser niet is nagekomen niet door de verweer voerende gedaagde moet worden bewezen, maar eerder door de eiser zelf de nakoming moet worden bewezen, de eiser die ageert uit het contract als ware het nagekomen. Want hoewel het normaal gesproken zo is, dat de gedaagde bij een verweermiddel eiser wordt en wordt bezwaard met de last de waarheid van het verweer aan te tonen, vindt dat hier toch niet plaats. Enerzijds omdat de gehele grondslag van de eiser bestaat uit het contract dat zijnerzijds is nagekomen, zodat hij vervolgens gehouden is de nakoming aan te tonen die door de tegenstander wordt ontkend, evenals hij gehouden zou zijn te bewijzen dat er een contract was gesloten, als de gedaagde ook dat zou ontkennen. Anderzijds omdat de gedaagde in zijn verweer een eenvoudige ontkenning van een feit aanvoert, waarvan geen bewijs mogelijk is volgens de natuurlijke rede.<sup>21</sup>

Hier blijkt dus beslissend dat men veelal de *exceptio non adimpleti contractus* niet zag als een verweer in technische zin, maar als een ontkenning van de grondslag van de eis: slechts hij die zelf presteert kan stellen dat de gedaagde naar de maatstaven van de *bona fides*, de objectieve goede trouw, oftewel de redelijkheid en billijkheid, gehouden is te presteren.

Deze opvattingen vonden bijvoorbeeld hun weerslag in het Pruisische *Allgemeine*

<sup>20</sup> C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, XVII, p. 229 e.v.

<sup>21</sup> *Commentarius ad Pandectas*, (bijv. Genève 1757) 19,1 nr 23: Ut tamen exceptio contractus ex parte actoris non impleti non per reum excipientem probanda sit, sed magis per actorem ipsum, ex contractu velut impleto agentem, implementum probari debeat: nam etsi regulariter verum sit, reum in exceptione actorem fieri, & gravari onere monstrandi exceptionis veritatem. l. I. ff. de exception. l. si quidem 9. C. de except. non tamen id hic locum habet; tum quia totum actoris fundamentum in contractu ex sua parte impleto consistit, ut proinde implementum illud ab adversario negatum docere teneatur; aequae ac probare teneretur contractum intervenisse, si & illud reus inficias iret; (de qua emtionis probatione vide Mascardum conclus. 1409.) tum quia reus in exceptione simplicem allegat facti negationem, cujus naturali ratione probatio nulla est.

## EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS EN CONDUCTIO INDEBITI

*Landrecht*. In deel 1, titel 5, § 271, lezen we:

Wer die Erfüllung eines Vertrags fordert, muß nachweisen, daß er demselben von seiner Seite eine Genüge geleistet habe, oder warum er dazu erst in der Folge verbunden sey.

In de negentiende eeuw begonnen de opvattingen echter te kantelen. De oude opvatting werd nog verkondigd door bijvoorbeeld Keller.<sup>22</sup> Keller betoogt dat de *bona fides* die deel uitmaakt van de acties uit koop en verkoop meebrengt dat er geen sprake is van zelfstandige vorderingen uit een dergelijk contract. Er is geen sprake van twee schenkingen, een schenking van de prijs door de koper en een schenking van de zaak door de verkoper, die los van elkaar kunnen worden opgevorderd. Nee, er moet worden gepresteerd ‘Zug um Zug’. De wederzijdse prestaties worden overeengekomen met het oog op elkaar. De eis is levering tegen betaling of omgekeerd, niet alleen levering of alleen betaling.

Hij voert daarbij vooral D. 19,1,13,8 aan.

Als de koper de actie uit koop instelt, moet door hem de koopprijs worden aangeboden; daarom is er nog geen actie uit koop mogelijk, ook al biedt hij wel een deel van de prijs aan. De verkoper kan dan immers de door hem verkochte zaak bij wijze van pand achterhouden.<sup>23</sup>

Er zijn teksten op grond waarvan het tegendeel wordt beweerd, teksten namelijk waarin uitdrukkelijk van een exceptie, een verweermiddel, wordt gesproken die door de gedaagde moet worden opgeworpen. Eén daarvan is D. 19,1,25:

Als degene die een wijnoogst aan de stok gekocht heeft, door de verkoper verhinderd wordt de druiven te plukken, kan hij tegen diens vordering van de koopprijs gebruik maken van de exceptie ‘indien het geld waarover geprocedeerd wordt, niet voor een zaak wordt opgeëist die wel verkocht, maar niet geleverd is.’<sup>24</sup>

Keller en anderen namen echter aan dat het in deze tekst niet ging over de actie uit koop, de *actio empti*. Het zou hier gaan om een actie uit stipulatie. De stipulatie is een plechtige

---

<sup>22</sup> F.L. von Keller, ‘Noch etwas über die *Exceptiones non impleti* und *non rite adimpleti contractus*’, in: *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, IV (1860), p. 337 e.v.

<sup>23</sup> (Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum) *Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.*

De vertalingen zijn, tenzij anders vermeld, ontleend aan J.E. Spruit c.s., *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling*, Zutphen 1993 e.v.

<sup>24</sup> (Iulianus libro quinquagesimo quarto digestorum) *Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit ‘si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est.’*

De andere teksten zijn: G. 4,126a; D. 44,4,5,4; C. 8,44 (45), 5. Vgl. Keller, *o.c.*, p. 345 e.v.



mondelinge belofte die één verbintenis doet ontstaan. Voor een koopovereenkomst is dan het sluiten van twee stipulaties noodzakelijk: één tot betaling van de prijs en één tot levering van de zaak. Er is bij de stipulatie sprake van een eenzijdige overeenkomst. Dergelijke overeenkomsten worden niet geregeerd door de *bona fides*. Het verweer dat de stipulatie tot betaling van de prijs wordt opgeëist zonder dat de eiser zijn belofte om te leveren is nagekomen, kan dus alleen bij wege van exceptie worden opgeworpen.<sup>25</sup> Een argument gebaseerd op de teksten zoals ze zijn en niet zoals ze voor Justinianus zouden zijn geweest ontleende Keller aan D. 18,1,34,3.

Verder wordt, indien zowel de koper als de verkoper weten dat het verkochte object gestolen is, door geen van beide partijen een verbintenis aangegaan. Als alleen de koper het weet, wordt de verkoper niet verbonden; die kan echter evenmin op grond van de verkoop iets verkrijgen, tenzij hij eigener beweging nakomt wat overeengekomen is...<sup>26</sup>

Het gaat hier over de koop van een gestolen zaak. Als alleen de koper weet dat de zaak gestolen is, heeft hij geen actie. De verkoper heeft wel een actie, maar alleen als hij zelf presteert. Er is dus kennelijk één verbintenis uit deze overeenkomst ontstaan en wel één ten laste van de koper. Deze is echter uit deze verbintenis niet de prijs zonder meer verschuldigd. De koper is de prijs verschuldigd tegen levering van de zaak door de verkoper. Keller concludeert daaruit dat de levering van de zaak door de verkoper niet voortvloeit uit een verbintenis die rust op de verkoper, maar een voorwaarde is voor de verschuldigdheid van de prijs door de koper. De levering is niet *in obligatione*, maar *in condicione*, zoals hij zegt. Betaling vorderen zonder zelf te leveren is in strijd met de *bona fides*.<sup>27</sup>

De *exceptio non adimpleti contractus* is dus geen exceptie, concludeert Keller, maar een 'directe Bemänglung der Actio.'<sup>28</sup> Dat was naar klassiek recht al zo, bleef het naar

<sup>25</sup> Vgl. hierover en over de in de vorige noot genoemde teksten naar klassiek Romeins recht bijv. Girard, *l.c.*, die opmerkt dat alleen C. 8,44 (45), 5 zich niet op die manier laat wegverklaren, zoals Keller ook toegeeft. Vgl. meer recent, W. Ernst, 'Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus im römischen Recht bis Justinian', in: *Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag*, Berlijn 1998, p. 1-57; dezelfde, *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages, zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozeß*, Berlijn 2000, p. 18 e.v. Argument voor het aannemen van een stipulatie is dat het hier zou gaan om koopovereenkomsten gesloten door bankiers, *argentarii*, op veilingen, die zich de koopprijs lieten beloven door stipulatie. Vgl. daarover bijv. ook H. Ankum, in: *Studi in onore di G. Scherillo I* (1972), p. 377 e.v., i.h.b. p. 388 e.v., en J.E. Spruit, 'Schikanen anlässlich eines Traubenkaufs', in: *Satura Robert Feenstra*, Fribourg 1985, 157 e.v.

<sup>26</sup> (Paulus libro trigensimo tertio ad edictum.) *Item si et emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur: si emptor solus scit, non obligabitur venditor nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet...*

<sup>27</sup> *o.c.*, p. 352 e.v.

<sup>28</sup> *o.c.*, p. 366.

Justiniaans recht en is naar hedendaags Romeins recht nog steeds zo, stelt hij.

Keller reageerde op een opstel van Heerwart waarin de tegengestelde mening was verkondigd. Heerwart's opstel zette de toon voor de negentiende-eeuwse opvattingen.<sup>29</sup>

Heerwart begon zijn opstel met de achttiende-eeuwse opvatting dat de nakoming door de eiser een deel van de eis zou zijn bij wederkerige overeenkomsten. Hij verwees onder andere naar Pufendorf en Glück. Als een wederkerige overeenkomst echter pas afdwingbaar is als de eiser zelf heeft gepresteerd dan is wilsovereenstemming kennelijk niet voldoende voor het aangaan van dergelijke contracten. Al dergelijke contracten worden dan reële contracten. De koopovereenkomst bijvoorbeeld zou dan pas afdwingbaar zijn door de verkoper als hij de verkochte zaak heeft geleverd. Dat zou al merkwaardig zijn naar Romeins recht, nu dat uitdrukkelijk een onderscheid maakt tussen reële en consensuele overeenkomsten. Nog merkwaardiger zou dat zijn naar gemeen recht, nu dat in beginsel uitging van de afdwingbaarheid van alle overeenkomsten op grond van wilsovereenstemming, oftewel *pacta sunt servanda*.

Heerwart bespreekt vervolgens D. 19,1,25 waarin, zoals gezegd, uitdrukkelijk sprake is van een exceptie. Als de gedaagde dat verweer niet opwerpt is er geen reden de eis te ontzeggen. Over de tekst waarin wordt gezegd dat er nog geen actie uit koop mogelijk is als de koper de prijs niet heeft aangeboden, D. 19,1,13,8, zegt hij het volgende. Met de uitdrukking dat er nog geen actie uit koop mogelijk is, heeft Ulpianus willen zeggen dat de actie uit koop niet met succes kan worden ingesteld. Hij drukt zich echter wat onnauwkeurig uit. Volgens Heerwart is er dus sprake van een echte exceptie en hij leidt daaruit vervolgens af, dat de nakoming door de eiser niet ambtshalve door de rechter mag worden onderzocht en dat de exceptie slechts opschortende werking heeft.<sup>30</sup>

## 6. De controverse

Tegen deze achtergrond ontstaat in de loop van de negentiende eeuw de controverse over de vraag die het onderwerp van dit opstel vormt: kan degene die de *exceptio non adimpleti contractus* had kunnen opwerpen, maar dat niet heeft gedaan en heeft gepresteerd, zijn prestatie terugvorderen? De heersende leer sluit zich aan bij de opvattingen van Heerwart over het karakter van de *exceptio non adimpleti contractus*: een exceptie en niet een betwisting van de grondslag van de eis, of, om het op z'n Duits te zeggen: een *Einrede* en niet een *Einwendung*.<sup>31</sup> Erxleben behandelt de vraag in zijn werk over de condicties en Römer wijdt er een opstel aan.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> 'Ueber die *exceptio non adimpleti contractus* und *non rite adimpleti contractus*', in: *Archiv für die civilistische Praxis* VII (1824), p. 335 e.v.

<sup>30</sup> P. 348 en 352.

<sup>31</sup> Vgl. Scherner, *o.c.*, p. 56.

<sup>32</sup> A. Erxleben, *Die conditiones sine causa*, I: *Die conductio indebiti*, Leipzig 1850, p. 100 e.v., II: *Die conductio causa data causa non secuta*, Göttingen 1853, p. 463 e.v.; Römer, 'Das Recht desjenigen Contrahenten, welcher einen zweiseitigen Vertrag erfüllt hat, im Falle der

Erleben zet om te beginnen uiteen dat de aanvaarding van de consensus, de wilsovereenstemming, als algemeen beginsel van de afdwingbaarheid van overeenkomsten in het gemene recht, kortom de aanvaarding van de regel *pacta sunt servanda*, ertoe heeft geleid dat het onderscheid tussen consensuele overeenkomsten en andere overeenkomsten wat betreft de wijze van hun totstandkoming is weggevallen. Dat betekent met name dat de innominatcontracten van het Romeinse recht inmiddels ook afdwingbaar zijn enkel op grond van wilsovereenstemming.<sup>33</sup> Daarmee is de bijzondere reden komen te vervallen waarom bij deze categorie van overeenkomsten naast de pas laat aanvaarde contractsactie, de *actio praescriptis verbis*, nog altijd de voorheen noodzakelijke terugvorderingsactie, de *condictio causa data causa non secuta* of *condictio ob causam datorum*, bestond. De op consensuele contracten toepasselijke beginselen gelden dan voor alle overeenkomsten en dat betekent dat er in geval van wanprestatie van de wederpartij geen terugvorderingsactie mogelijk is, maar slechts de nakomings- of contractsactie. Hij toont vervolgens op uitvoerige wijze de receptie van deze regels aan in het Duitse recht. Degene die zich niet op de *exceptio non adimpleti contractus* heeft beroepen, hoewel dat kon, en heeft gepresteerd, kan, als de wederpartij niet presteert de eigen prestatie niet terugvorderen. Het argument dat hij slechts heeft gepresteerd, *causa data*, met het oog op de tegenprestatie die niet is verricht, *causa non secuta*, gaat niet langer op. Hij heeft gepresteerd ter voldoening van zijn verbintenis. Om dezelfde reden heeft hij ook niet de beschikking over de actie uit onverschuldigde betaling, de *condictio indebiti*. Zijn betaling was niet onverschuldigd.<sup>34</sup>

Daarbij dient te worden opgemerkt dat de actie uit onverschuldigde betaling naar Romeins recht dwaling vereiste. Slechts degene die bij vergissing een niet verschuldigde betaling had verricht kon deze terugvorderen. Willens en wetens een onverschuldigde betaling verrichten werd gezien als een schenking. De dwaling waar het in dit geval om kon gaan betrof dus de onjuiste veronderstelling dat de wederpartij al had gepresteerd of de onjuiste veronderstelling dat de wederpartij zou gaan presteren. In beide gevallen echter oordeelde Erleben dat sprake was van een verschuldigde betaling. Degene die betaalt heeft in dergelijke gevallen slechts verzuimd zich te bedienen van een rechtsmiddel dat hij had kunnen gebruiken. Een reden om hem terug te plaatsen in de toestand waarin hij daarin wel gebruik kan maken is er niet. Recht op een dergelijke toestand heeft hij niet.<sup>35</sup>

Römer richt zijn pijlen vooral op de constructie van de stilzwijgende voorwaarde waarvan gebruik wordt gemaakt om de terugvorderingsactie in dit soort gevallen te beredeneren.

Ganz uncivilistisch ist die Anschauung der vorausbezahlte Kaufpreis sei nur unter einer Bedingung gezahlt, und der Anspruch des Verkäufers auf den empfangenen Kaufpreis sei unwiderruflich erst,

---

Nichterfüllung von Seiten des andern Contrahenten. Nach gemeinem Recht mit Berücksichtigung der im deutschen Reiche geltenden neueren Civilgesetzbücher', in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, XIX, Erlangen 1874, p. 123 e.v.

<sup>33</sup> Vgl. over de innominatcontracten hiervoor in de tekst bij noot 11.

<sup>34</sup> Erleben, *o.c.*, II, p. 474.

<sup>35</sup> Erleben, *o.c.*, I, p. 102.

## EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS EN CONDUCTIO INDEBITI

wenn er seinerseits den Vertrag erfüllt habe... Sie ist noch uncivilistischer als die Meinung, der Kaufpreis sei unter der Voraussetzung des Erfolgs der Gegenleistung gezahlt (*ob causam futuram*), weil sie eine Bedingung supplirt in einem Fall, in welchem eine Bedingung gar nicht mehr wirksam gesetzt werden konnte, da ja der Verkäufer Anspruch auf Zahlung des Preises sofort mit dem Kaufabschluß hat.<sup>36</sup>

Römer beroept zich daarbij op een zevental constituties die in geval van consensuele contracten degene die gepresteerd heeft slechts een nakomingsactie geven tegen de wederpartij die zijnerzijds niet presteert.<sup>37</sup> Eén daarvan luidt als volgt.

*De doorluchtige keizers Diocletianus en Maximianus en de mederegenten aan Herodes en Diogenes.*  
Indien u niet met het oog op het doen van een schenking, maar in werkelijkheid wijngaarden hebt verkocht en de koopprijs niet is uitbetaald, komt u de actie toe voor de prijs en niet een terugvorderingsrecht van de zaken die u hebt gegeven.

*Uitgegeven op 16 maart tijdens het consulaat van de mederegenten. [294]*<sup>38</sup>

Daarnaast beroept hij zich op een tekst die de actie uit onverschuldigde betaling uitsluit in geval geen gebruik is gemaakt van een retentierecht.

*Pomponius, Op Quintus Mucius VI.*

Als wij een betaling verricht hebben op gronden uit hoofde waarvan wij wel een retentie-, maar geen vorderingsrecht hebben, kunnen wij het betaalde niet terugvorderen.<sup>39</sup>

Een actie uit onverschuldigde betaling is slechts mogelijk bij die verweermiddelen die een zogenoemde *exceptio perpetua* opleveren, ook wel genoemd een peremptoire exceptie, een verweer dat de eis voorgoed verlamt.<sup>40</sup> De *exceptio non adimpleti contractus* vat hij op als een opschortend verweer, een zogenoemde dilatoire exceptie, die de mogelijkheid biedt een prestatie uit te stellen, maar niet de mogelijkheid zich voorgoed van de verplichting tot presteren te ontdoen.

Römer stelt echter vast dat de theorie en praktijk van het handelsrecht in zijn tijd de koper die betaald heeft, maar de gekochte zaak niet geleverd krijgt, de mogelijkheid willen geven de koopprijs terug te vorderen.<sup>41</sup> Ook hier voert Römer tegen aan dat een

<sup>36</sup> Römer, *l.c.*, p. 125, n. 4.

<sup>37</sup> C. 4,38,8 en 12; C. 4,44,4 en 6; C. 4,49,4, 6 en 12.

<sup>38</sup> C. 4,38,8: (Idem AA. et CC. Herodi et Diogeni.) *Si non donationis causa, sed vere vineas distraxisti nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, non eorum quae dedisti repetitio competit.* (D. XVII k. April. CC. conss.)

<sup>39</sup> D. 12,6,51: (IDEM libro sexto ad Quintum Mucium.) *Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus.*

<sup>40</sup> D. 12,6,26,3 en 40pr. Römer, *l.c.*, p. 125, n. 5.

<sup>41</sup> Hij verwijst naar H. Thöl, *Das Handelsrecht, als gemeines in Deutschland geltendes Privatrecht, mit Berücksichtigung des außerdeutschen Handelsrechts dargestellt*, Bd I,

terugvorderingsmogelijkheid slechts zou bestaan als partijen dat waren overeengekomen, wat niet het geval was, en dat naar gemeen recht die mogelijkheid niet is gegeven. Dat zou vanzelfsprekend anders zijn, wanneer dat recht wel was gegeven, zoals in art. 1184 van de Code civil, waarnaar hij verwijst.<sup>42</sup>

Eén van degenen die daarna nog een lans breekt voor de constructie van de stilzwijgende voorwaarde om een terugvorderingsactie mogelijk te maken is niemand minder dan Windscheid.<sup>43</sup> Men zou verwachten dat hij dat deed in de monografie die hij schreef over *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*.<sup>44</sup> Daarin ontvouwt hij merkwaardigerwijze deze theorie echter niet. Hij verwijst later wel naar dit werk ter onderbouwing van zijn opvatting, maar rechtstreeks is ze daarin niet te vinden. In de eerste drukken van zijn *Lehrbuch des Pandektenrechts* geeft hij ook nog de heersende gemeenrechtelijke leer weer, die de terugvorderingsmogelijkheid uitsloot.<sup>45</sup> Dat verandert pas, voor zover ik kan zien, in de zesde druk uit 1887.<sup>46</sup>

Windscheid noemt twee gevallen waarin volgens hem een terugvorderingsactie mogelijk is. Hij wil degene die gepresteerd heeft in geval van niet presteren door de wederpartij een terugvorderingsactie geven, in de eerste plaats wanneer hij heeft gepresteerd in de verkeerde veronderstelling dat de wederpartij al gepresteerd had en in de tweede plaats wanneer hij presteerde in de verwachting dat de tegenprestatie zou worden verricht. Hij zegt daar wel bij dat op herkenbare wijze bij de prestatie aan de dag moet zijn getreden dat deze veronderstelling of verwachting de voorwaarde van zijn prestatie vormde. Het gaat hier dus kennelijk niet om een stilzwijgende voorwaarde die in het algemeen aan partijen wordt toegeschreven. Evenmin gaat het om een voorwaarde die aan de contractuele verplichtingen, aan de verbintenissen, is verbonden. Het betreft volgens Windscheid een voorwaarde die aan de prestatie, aan de betaling in juridische zin, is verbonden. Een dergelijke voorwaarde sorteert alleen effect als men de betaling als een rechtshandeling opvat. Die voorwaarde moet duidelijk op één of andere manier de bedoeling zijn geweest van degene die presteert.

---

Göttingen 1862<sup>4</sup>, § 85, en bijv. naar een uitspraak van het Oberappellationsgericht Lübeck van 12 april 1862, te vinden in: *J.A. Seufferts Archiv für den Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten*, XV (1862), p. 355 e.v. Vgl. Römer, *l.c.*, p. 135 e.v.

<sup>42</sup> *L.c.*, p. 137.

<sup>43</sup> Vgl. verder nog -als altijd oorspronkelijk- A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd 2.2, Erlangen 1882<sup>2</sup>, p. 692 e.v., die in de koopovereenkomst in beginsel nog steeds, net als ten tijde van de Wet van de Twaalf Tafelen, een reële overeenkomst wil zien, die pas perfect is na de tegenprestatie en tot die tijd de gelegenheid biedt tot terugvordering van al verrichte prestaties, tenzij blijkt dat partijen een consensuele koop hebben willen sluiten en de eerste prestatie geschiedt ter voldoening van een verbintenis. Hij acht dat 'für alle Zeiten, weil naturnothwendig' mogelijk, omdat bij kopen en verkopen onwillekeurig aan verkrijgen en vervreemden wordt gedacht en 'erst gelehrt' aan het slechts verbintenisscheppende afsluiten van de koop, p. 694.

<sup>44</sup> Düsseldorf, 1850 (herdr. Napels 1982).

<sup>45</sup> Zo bijv. nog de 3<sup>e</sup> druk, Bd 2, Düsseldorf 1870, § 321, Nr 2.

<sup>46</sup> Frankfurt a.M. 1887, § 321, n. 10a.

## EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS EN CONDUCTIO INDEBITI

Windscheid geeft in het eerste geval, het geval waarin ten onrechte werd aangenomen dat de tegenprestatie al was verricht, aan degene die heeft gepresteerd de *condictio indebiti*. Die heeft weliswaar gepresteerd om een verbintenis na te komen, maar die verbintenis was met een verweer verkleefd, waarvan hij bij vergissing had aangenomen dat het niet meer mogelijk was. D. 12,6,51, de hiervoor aangehaalde tekst die de actie uit onverschuldigde betaling ontzegt aan degene die een retentierecht had, maar daar geen gebruik van heeft gemaakt, verklaart hij als volgt. Die tekst is volgens hem niet doorslaggevend, omdat de mogelijkheid bestaat dat die tekst afwezigheid van dwaling veronderstelt, zodat de terugvordering om die reden moet mislukken. Maar als dat inderdaad de reden zou zijn van de uitsluiting van de actie uit onverschuldigde betaling in dit geval, dan zou Pomponius dat wel gezegd hebben, lijkt me. Het tweede argument van Windscheid om de tekst niet van toepassing te achten is dat hij de condictie alleen niet toekent aan degene die een retentierecht, maar geen vorderingsrecht heeft. Dat lijkt me echter een *petitio principii*. De vraag is immers juist of degene die van zijn opschortingsrecht geen gebruik heeft gemaakt een (terug)vorderingsrecht heeft of, beter gezegd, krijgt, want voor de prestatie bestond er vanzelfsprekend geen terugvorderingsrecht. Dat betekent dat er voor de prestatie slechts een opschortingsrecht en geen vorderingsrecht was en de tekst dus van toepassing is.

Het tweede geval dat Windscheid bespreekt betreft, zoals gezegd, degene die heeft gepresteerd in de verwachting dat de wederpartij zijnerzijds zou nakomen. Dit is het geval dat in dit opstel met name aan de orde is. In dat geval acht hij de, wat hij noemt, *condictio ob causam datorum*, de terugvorderingsactie van de zaken die vanwege een reden zijn gegeven, van toepassing. Die actie staat ook wel bekend als de *condictio causa data causa non secuta*, de terugvordering van de prestatie verricht vanwege een tegenprestatie die niet gevolgd is, zoals we haar hiervoor bij de bespreking van de innominatcontracten zijn tegengekomen. Hij preciseert dit geval en spreekt over de verwachting dat de tegenprestatie verricht zou worden, zonder dat het noodzakelijk zou zijn haar in rechte af te dwingen. Degene die presteert heeft, volgens Windscheid, in dit geval niet gepresteerd vanwege zijn verplichting, waarvan hij wist, dat hij ze niet hoefde na te komen, maar heeft vanwege de tegenprestatie van zijn verweer afgezien. Hierop merkt Dernburg fijntjes en dodelijk op:

Dies sind Distinktionen, die im praktischen Leben keinen Boden finden. Wie soll sich die Erwartung äussern, daß die Gegenleistung ohne gerichtliche Hülfe geschehen werde?<sup>47</sup>

Kortom, Dernburg betreft Windscheid hier op een geval van *Begriffsjurisprudenz*. Het BGB kiest partij in de strijd over het karakter van de *exceptio non adimpleti contractus* en maakt er een *Einrede* van, een verweer, en niet een *Einwendung*, een

---

<sup>47</sup> H. Dernburg, *Pandekten*, Bd 2, bijv. Berlijn 1900<sup>6</sup>, § 21, n. 8.

ontkenning van de eis.<sup>48</sup>

§ 320 Einrede des nicht erfüllten Vertrags

(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist...

Er is sprake van een verplichting, een prestatie die moet worden verricht, maar die geweigerd mag worden tot de tegenprestatie is verricht. Dat sluit een terugvordering na verzuim van het opwerpen van het verweer uit.

## 7. Nederlands recht

Na deze leerstellige omzwervingen keren we terug bij het Nederlandse recht. Dat de vraag of er een terugvorderingsmogelijkheid bestaat na verzuim van het opwerpen van de *exceptio non adimpleti contractus* naar oud BW werd besproken, hoeft na het voorafgaande minder verbazing te wekken. Het vorige BW had de leer van de stilzwijgende ontbindende voorwaarde in geval van wanprestatie bij wederkerige overeenkomsten uit art. 1184 Code civil overgenomen in art. 1301. Die leer laat, zoals gezegd, eenvoudig verklaren waarom de eigen prestatie kan worden teruggevorderd bij wanprestatie van de wederpartij. Het contract is dan ontbonden en de verrichte prestaties hebben met terugwerkende kracht geen rechtsgrond meer en kunnen dus als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd. Dat een vergelijkbare redenering in het geval van de verzuimde *exceptio non adimpleti contractus* werd gevolgd, hoeft niet te verbazen. In dergelijke gevallen gaat het niet om wanprestatie van de wederpartij, maar om het uitblijven van de tegenprestatie. Degene die de *exceptio non adimpleti contractus* had kunnen opwerpen wil dan graag zijn prestatie terug om een machtsmiddel te hebben ter afdwinging van die tegenprestatie. Bestaat daar een rechtsgrond voor?

De Hoge Raad had in een arrest van 9 december 1932 beslist dat die terugvordering mogelijk is in geval van een contract van lastgeving waarbij de lastgever een bedrag had betaald aan de lasthebber, maar de lasthebber de last niet had uitgevoerd.<sup>49</sup> Het betrof een aankoopopdracht van effecten, waarbij de lasthebber had beweerd de effecten te hebben aangekocht en de lastgever hem een deel van de aankoopsom had betaald. De Hoge Raad overwoog

---

<sup>48</sup> Vgl. bijv. Pennitz, *o.c.*, Nr 19 e.v. Vermeldenswaard is de Zwitserse praktijk, die, ondanks de bepaling van het tegendeel in art. 82 OR (Wer bei einem zweiseitigen Vertrage den andern zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat.), ook uitgaat van een *Einrede*. Vgl. Pennitz, *o.c.*, Nr 22, bij noot 115. Iets soortgelijks geldt voor § 1052 ABGB.

<sup>49</sup> *NJ* 1933, p. 300.

## EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS EN CONDUCTIO INDEBITI

dat in het algemeen bij een opdracht tot aankoop de opdrachtgever slechts verplicht is te betalen, wanneer de opdracht is uitgevoerd;

... dat de [sic] Waard [de lastgever] gerechtigd is genoemde som, als onverschuldigd betaald, terug te vorderen, nu is komen vast te staan, dat de opdracht niet is uitgevoerd;

dat uit geen der in het middel aangehaalde wetsartikelen volgt, dat dit recht voor de Waard slechts bestaat, indien de overeenkomst van lastgeving ontbonden of nietig verklaard is.

Deze beslissing laat zich op grond van het contract van lastgeving verklaren, zonder dat daaraan gevolgtrekkingen zouden moeten worden ontleend voor de terugvordering in geval van de verzuimde *exceptio non adimpleti contractus*. De verbintenis van de lastgever tot vergoeding van de kosten van de lasthebber is immers niet een hoofdverplichting uit de lastgevingsovereenkomst, maar een secundaire die pas ontstaat wanneer kosten worden gemaakt. Zolang de kosten niet zijn gemaakt is er geen verbintenis en is betaling onverschuldigd.

Meijers schreef een noot onder dit arrest waarin hij de vraag behandelt die het onderwerp van dit opstel vormt.

Ten slotte zij er de aandacht op gevestigd, dat bij een wederkeerige overeenkomst, waarbij de *exceptio non adimpleti contractus* kan opgeworpen worden, van toepassing van art. 1395 BW [oud: bevattende de actie uit onverschuldigde betaling] alleen sprake kan zijn, wanneer de schuldenaar meende, dat de wederpartij zijn verplichting reeds was nagekomen en daarom zelf gepresteerd heeft. Komt hij immers zijn verplichting na, wetende, dat de wederpartij nog niet gepresteerd heeft, dan heeft hij daarmee afstand gedaan van een hem ten dienste staand verweermiddel.<sup>50</sup>

Het tweede geval dat Meijers noemt is het geval dat ons hier bezig houdt. Ook in het eerste geval kan men zich echter afvragen of daar niet sprake is van verschuldigde betaling. Maar keren we terug naar ons geval. Meijers opvatting, dat na verzuim van de *exceptio non adimpleti contractus* geen actie uit onverschuldigde betaling mogelijk is, bleef niet zonder tegenspraak. Bosch was de tegengestelde mening toegedaan in zijn proefschrift over de exceptie.<sup>51</sup> Bosch achtte het zeer wel denkbaar dat iemand presteert in de hoop dat zijn tegenpartij ook zal nakomen. Hij achtte het onbillijk hem van de *exceptio non adimpleti contractus* te beroven, als zijn verwachting niet uitkomt. Hij die niet presteert zou anders in een gunstiger positie geplaatst worden dan hij die zijn verplichtingen nakomt. De wet maakte volgens hem voor het beroep op de exceptie ook geen onderscheid of er wel of niet gepresteerd is. Hij achtte de ene verplichting voorwaarde voor de andere en wilde de *conductio indebiti* toelaten als de vervulling van de tegenverplichting uitblijft.

Zo zijn we weer aangekomen bij de constructie van de stilzwijgende voorwaarde als

---

<sup>50</sup> *l.c.*, p. 305.

<sup>51</sup> H.W.J. Bosch, *De exceptio non adimpleti contractus*, prf. Leiden 1936, p. 56 e.v.



## BRANDSMA

grondslag voor de terugvorderingsmogelijkheid in geval van verzuim van de *exceptio non adimpleti contractus*. Zo is ook verklaard waarom Meijers bij het maken van zijn ontwerp voor het huidige BW de vraag aan orde stelde. Meijers beantwoordde die vraag ontkennend. Dat lijkt me juist, gezien de keuze die het BW maakt voor het karakter van de *exceptio non adimpleti contractus*: een verweer (*Einrede*) en geen betwisting van de grondslag van de eis (*Einwendung*).

F. Brandsma

Groningen